PEL SIGNOR

D. GIUSEPPE RICCA

Nella C. Suprema di Giustizia.

Justique tenorem
Flectere non odium cogit, non gratia suadet.

Claudianus in Panegir: de Consulatu
Theodori.

INDICE

CENNO DI FATTI.

Con istrumento del 5 ottobre 1826 il signor Giuseppe Ricca si ebbe da Mauro De Luca in soddisfazione di un di lui credito la cessione di due moggia di terreno sito nelle pertinenze di Massa di Somma in contrada detta *Castelluccio*. Dichiarò il venditore che il dominio diretto del terreno ceduto si apparteneva al signor D. Francesco Santangelo, cui l' annuo canone di duc. 111 e grana 20 depurato del quinto si corrispondeva. Per lo che, e fu convenuto doversi interpellare il medesimo pel suo assenso; e, siccome erano al signor Santangelo dovute tre annate arretrate a tutto dicembre di quell' anno, ammontanti a duc. 33 e grana 60; fu pur convennto, che dal prezzo della cessione l' equivalente somma si diffalcasse, per invertirla al pagamento di quell'arretrato.

Nè mise già in non cale il signor Giuseppe Ricca l' addossatosi obbligo del pagamento: l' adempì; ed in-

sieme ; meno per certa coscienza di doversi l' interpella-zione fare al signor Santangelo come a domino diretto, ignorando egli il titolo costitutivo della asserita enfiteusi; che per leale osservanza del convenuto , e per credenza , che al signor Santangelo , come a possessore di speciosi limitrofi fondi , talentasse comperare quel piccolo terreno; fece la pattuita interpellazione.

Non ebbe colui premura di far quell' acquisto : ne surse però grande il desio nell' animo de' suoi figliuoli , ed all' uopo inchieste ne avvanzarono al sig. Ricca : lunga pezza di tempo occuparon le trattative, come suole accadere , quando non hassi a convenir solo di un prezzo reale , ma di quello ancora di *affezione*, ed il venditore non sia pressato da bisogno d' incassare sollecitamente il denaro. In questo frattempo il signor Ricca , il quale determinato aveva l' animo a vendere , come determinata conosceva la volontà de' signori Santangelo a comprare ; credette , che fosse vano l'affrettarsi di soddisfare i posteriori canoni, che ritener poteva in conto del prezzo; ed alla sua credenza apprestava addentellato la opinione di avere i signori Santangelo adito il paterno retaggio della lealtà *.

* Il fatto delle trattative, ———————————, è garentito dalla confessione delli stessi signori Santangelo racchiu-

Ei non s' ingannava; chè certo o colui che spesso li rappresentò nelle trattative della compra, tacque loro le ricambiate parole, o a loro insaputa, improntandone il nome, spiccò l' atto del 26 febbrajo 1842.

Con questo atto fu dedotto, che, dando *per legge* luogo allo scioglimento della enfiteusi, ed alla devoluzione del fondo a beneficio del domino diretto, la mancanza del pagamento del canone per tre anni continui, e non avendo il signor Ricca pagato il canone per 13 anni continui (siccome si asseriva); erasi fatto luogo allo scioglimento della enfiteusi di quelle due moggia di terreno, ed alla devoluzione di esse; perlocchè i signori Santangelo convenivano Ricca innanzi al Tribunale civile di Napoli » ad oggetto di sentir dichiarare sciolta » la enfiteusi, e devoluti in favore di essi signori San-

chiusa in un atto del 31 marzo 1842, inserito nelle narrative. Quivi leggesi :

» In riguardo alla prescrizione il signor Ricca confessava » di non aver pagato, e non era giusto liberarsi dal pagamen- » to per effetto della prescrizione; che non valeva attaccare di » oscitanza gli attori ad esigere, ma che pinttosto dir si do- » veva che fossero stati condiscendenti ad usar dei riguardi pel » consigliere Ricca germano di D. Giuseppe, col quale *da cir-* » *ca tre anni vi erano state delle trattative di convenzione*, e che » questi con onesto linguaggio diceva che non si sarebbe giam- » mai ricorso dall' enfiteuta al brutto presidio della prescrizione.

» tangelo le due moggia di terra di sopra descritta , e
» per lo effetto sentirsi condannare esso signor Ricca a
» rilasciarle in di loro pro, e sentirsi condannare anche
» al pagamento di duc. 146 e grana 60 netti di quinto
» per 13 annate di canone decorsi a tutto decembre 1841,
» e per sentirsi condannare ancora al pagamento delle
» annate successive, agli interessi legali dal dì della do-
» manda ed alle spese del giudizio.

Il signor Ricca incominciò dal far notare una polizza (nel 5 marzo 1842) di duc. 56, quanti eran dovuti per cinque annate, mentre le altre otto annate pretese eransi da lui pagate, e senza uopo di estrarre le corrispondenti partite di Banco in tanta urgenza, bastava invocare il beneficio che la legge appresta della prescrizion quinquennale. — Ecco il tenore della gira alla polizza apposta, come nella narrativa della impugnata decisione si legge.

» E per me li suddetti D. 56 li pagherete a S. E.
» il signor cavaliere D. Nicola Santangelo Ministro Segre-
» tario di Stato, ed ai di lui germani signori D. Felice e
» D. Michele, quali figli ed eredi del defunto D. Fran-
» cesco, e sono per cinque annate di preteso canone a
» tutto il 21 Gennajo di questo corrente anno alla ra-
» gione di duc. 11 e 20 netti del quinto, che si dicono
» dovuti dal fu Mauro Calabrese su di moggia due di

» territorio site nel tenimento di Massa di Somma in con-
» fine con altri terreni di detto rispettabile signor San-
» tangelo; con qual pagamento giovandomi io qui sotto-
» scritto della prescrizione quinquennale, restano essi si-
» gnori Santangelo nella espressata qualità saldati e sod-
» disfatti di ogni loro pretenzione per i canoni arretrati;
» senza pregiudizio però delle ragioni di me sottoscrit-
» to, quante volte non mi si faccia conoscere il titolo
» originario di essere tal canone dovuto. Così pagherete.
» Napoli 5 marzo 1842. Giuseppe Ricca «.

Fu questa polizza passata all' avvocato de' signori Santangelo, ma costui rifiutolla.

Allora il signor Ricca deliberato a valersi delle garentie che la legge a tutti egualmente promette » richiese
» il Procuratore del Re onde avesse fornito un usciere
» di un di lui uffizio all' Eccellentissimo Ministro cava-
» lier Santangelo per farsi la offerta reale, e la lodata
» E. S. fece sentire all' usciere che avrebbe egli rispo-
» sto al Procuratore del Re; perlocchè non si era in-
» sistito per ottenere un atto regolare di offerta reale,
» e nè si era indicato dall' usciere la polizza che si vo-
» leva offrire, e pochi carlini per le spese liquide ed il-
» liquide; quindi si protestava non potendo conoscere
» se detta offerta fosse stata ricevuta, e nel caso di ri-
» fiuto quali ne potevano essere i motivi. Ed in apposi-

to atto in cui leggonsi le or trascritte parole (nelle narrative inserito) , eccepì di nullità l'atto di citazione perchè non accompagnato dalla copia del primordiale istrumento di enfiteusi che era il titolo sul quale della dimandata devoluzione aveva a giudicarsi ; non bastando a ciò l'istrumento de' 5 ottobre 1826 , che inservir poteva soltanto di appoggio alla domanda de' canoni. — Oppose insieme il beneficio della quinquennal prescrizione per gli altri canoni scaduti.

Ed intanto da parte de' signori Santangelo con atto de' 15 marzo 1842 fu risposto di essersi bene istituito il giudizio di devoluzione all'appoggio dell'istrumento de' 5 ottobre 1826 , perchè in esso dal cedente de Luca confessavasi l' appartenenza del dominio diretto al signor Santangelo , e fu soggiunto » *che non si negava che la po-* » *lizza del pagamento delle ultime cinque annate di cano-* » *ni si era dal signor Ricca mandata al signor Trenta-* » *lance*, il quale avendone fatta leggere la girata alle » parti interessate , ed avendola trovata lesiva de' loro » diritti , sollecitamente fu restituita alla persona inca- » ricata dal signor Ricca ; e per quanto riguardava poi » la offerta reale , *poteva la stessa eseguirsi nei modi* » *legali sempre che piaceva al detto signor Ricca* , *ed* » *allora sarebbero stati spiegati i motivi di ricusa* ; che » essendo un fatto di non essersi pagate le annate di ca-

» none chieste con la citazione , non era giusto esentarsi
» dal pagamento delle stesse con la prescrizione «.

» E CONTEMPORANEAMENTE, siccome leggesi nella nar-
» rativa , FU FATTO AVVISO PER L' UDIENZA. «

Fu necessità di difesa pel signor Ricca palesare con apposito atto di difesa gli avvenimenti incredibili, ma pur troppo veri di quel piato; ed il Tribunale, poichè n'ebbe positiva contezza , rifiutossi a ricever la causa , ed aggiornolla al tempo in cui fusse seguita la offerta.

Rescrisse allora l' Eccellentissimo Ministro degli affari Interni al Procurator del Re , perchè permettesse all' usciere di procedere all' offerta reale. Seguì questa in effetti nel diciassettesimo giorno di quel medesimo mese di marzo con quella polizza appunto , notata e girata fin dal 5 marzo.

Rifiutata fu dessa pe' seguenti motivi :

1. Perchè in pendenza del giudizio di devoluzione del fondo enfiteutico non si poteva dai diretti patroni pregiudicare il loro dritto , con riceversi l' offerto pagamento.

2. Perchè colla gira di essa s' impugnava di appartenere agli attori il dominio diretto , e si rimandavano le scadenze de' canoni alla fine di gennajo, mentre scadevano in fine di ogni dicembre.

3. Gradatamente perchè l' offerta non conteneva l' in-

tero debito di 13 annate ; ed invano invocavasi il beneficio della quinquennal prescrizione , il quale giovar poteva al debitore soltanto che avesse pagato, e smarrito i documenti a comprovarlo.

Depositò il signor Ricca la somma nella Cassa di Ammortizzazione e rispose ; che non reggeva il primo motivo di rifiuto per essersi fatta l'offerta nella pendenza del giudizio: per la ragione che le offerte si fanno appunto per l'oggetto di estinguer le liti: — » che dal signor Ricca » *non si era negato il suo debito in quanto al canone*, » *ma solo si era dedotta la nullità del giudizio per non* » *essersi prodotto il titolo di enfiteusi necessario per ve-* » *dersene i patti*: — che in quanto all' essersi detto che » il canone maturava a 31 gennajo, *si acconsentiva* che » nel dichiararsi valida la offerta si fosse aggiunto *sod-* » *disfatti i canoni a tutto il dì 31 dicembre 1841*:—che la prescrizion quinquennale era dalla legge introdotta per punire la supina negligenza del creditore , dalla quale spesso seguivane grave ruina pel debitore.

E poichè dai signori Santangelo s' intimava una partita di banco del 16 dicembre 1826 , quella cioè con cui il signor Ricca soddisfatto avea le tre annate di canone arretrate dal cedente De Luca , per occorrere al loro assunto di non esservi uopo di esibire il titolo primitivo di enfiteusi essendo la medesima riconosciuta

nell' istrumento del 5 ottobre 1826 ; dal signor Ricca si replicava : » *che non bisognava confondere il diritto a* » *ripetere i canoni e l'azione di devoluzione per la quale era* » *indispensabile il titolo originario della enfiteusi per ve-* » *derne i patti;* quale devoluzione era rimasta inutile per » l'offerta seguita immediatamente dopo la citazione; che » in quanto ai pregiudizî dell'offerta era vano il dedur- » re di essersi fatto parola nella polizza della mancanza » del titolo , perchè intendevasi riferire alla devoluzione » ed alla non conoscenza del titolo , potendo a diversa » ragione esser dovuto il canone, potendo esser benan- » che *censo bollare o consegnativo*.

Il Tribunal civile di Napoli con sentenza del 7 aprile 1842 pel motivo della riserba fatta da Ricca nella partita di Banco del 5 marzo 1842 di chiedere la esibizion del titolo d' enfiteusi , e per l' altro della dichiarazione di scadere in gennajo ciascun' annata di canone ; riserba e dichiarazione che il signor Ricca aveva ripetute volte spiegata e ritrattata ; ritenne per l'invalida offerta : ma nel tempo medesimo accolse l' eccezione di prescrizion quinquennale , ed accanto alla pronunziata devoluzione appose la clausola : » Benvero se fra 20 giorni dal- » la intimazione della sentenza il convenuto Ricca adem- » pia all' indicato pagamento delle cinque annate di ca- » none maturate sino a tutto dicembre 1841 senza con-

» dizione o riserva alcuna; e le spese tutte del giudizio;
» la presente si avrà come non profferita ».

Di questa parte della dispositiva furon puntello i seguenti ragionari:

» Si è osservato, che trattasi di enfiteusi costi-
» tuita sotto l'impero delle antiche leggi, poichè negli
» atti parlasi di ritenuta del quinto; che secondo la
» prammatica del 1738 e la giurisprudenza del S. R. C.
» la purgazion della mora tra 20 giorni era ammessa
» in tutti i casi di risoluzione di contratto di ogni na-
» tura. Che non ammettendosi la purgazion della mora
» verrebbe ad aggravarsi la condizion di chi ha contrat-
» tato sotto una legge che gli accordava questo benefi-
» cio; e si darebbe effetto retroattivo alla legge nuova se-
» condo la quale non si è contrattato, poichè per aver
» luogo questa, e non ammettere la purgazion della
» mora, vi sarebbe bisogno di un patto ai termini del-
» l'art. 1093 delle LL. CC., lo che nella specie non può
» verificarsi ».

Sull'appello parziale de' signori Santangelo ed incidente del signor Ricca * la G. C. civile in III Camera

* È notevole, che tra i motivi del suo appello il signor Ricca segnalava il seguente » *Che non potevasi pronunziare la* » *risoluzione del contratto, senza prodursi il titolo di enfiteusi*,

con decisione del 17 gennajo 1843 rivocò quella clausola, colla quale dal Tribunale erasi dichiarato di aversi per non profferita la devoluzione, qualora il convenuto fra giorni 20 adempisse all'ordinato pagamento delle cinque annate; e pel dippiù ordinò che si eseguisse la sen-

» *perciocchè il Magistrato dovera conoscere i patti sotto i quali*
» *la enfiteusi erasi contrattata, per indi applicarne gli effetti; che*
» *difatti essendo nella libertà de' contraenti di stabilire in tali*
» *contrattazioni quei patti che meglio loro piacessero, si vedeva*
» *chiaramente che senza il titolo costitutivo di una obbligazione*
» *non se ne potevano mai dedurre le legittime conseguenze.*

» Che in quanto alla dichiarata invalidità della offerta rea-
» le, e precisamente in ordine alla scadenza, oltre all' essersi
» seguita la consuetudine locale; appena che il signor Ricca era
» stato avvertito dello equivoco del mese aveva dichiarato che
» il Tribunale nel pronunziare la validità dell'offerta avesse cor-
» retto l' equivoco medesimo; che in quanto alla dicitura con-
» tenuta nella girata della partita di Banco non si trovava sta-
» bilito in alcun luogo della legge, che colui che faceva un'of-
» ferta dovesse serbare un linguaggio conforme al creditore:
» che per esser valida un' offerta reale, non vi era bisogno di
» un dato formolario di parole, e che sempre e quando il paga-
» mento si faceva libero e si eseguiva secondo i dettami del-
» l'art. 1211 LL. CC. come precisamente si era praticato nel
» rincontro, non si aveva bisogno di adempire ad altro.

fatto avvenuto sotto le leggi attuali. E questa inopportuna considerazione la Gran Corte rafforza con l'accenno, che sarebbero pur *diverse le conseguenze cui menerebbe anche per rito antico l' inadempimento in causa di enfiteusi e quello in causa di altra specie di contratto.*

Or noi a censura di tal decisione faremo breve rassegna delle violazioni di legge frammiste agli equivoci di fatto, cui la Gran Corte è andata incontro con siffatti ragionari.

Violazion degli articoli 1682, 1683, non che dell' art. 1291 LL. CC.

La Gran Corte mentre proclama che il signor Ricca non potea rappresentare un dritto diverso e maggiore di quello che eragli stato trasfuso dal cedente De Luca, trae da questo principio una conseguenza che vi sta del tutto a ritroso; che dovea cioè il signor Ricca soggiacere alla devoluzione dell' immobile nei casi dalla legge previsti, ossia per la mora triennale, e che non aveva alcun dritto a chiedere la esibizione del primordiale titolo di enfiteusi; che d' altronde *bastando agli attori per l' esercizio della loro azione lo stesso unico titolo del convenuto, non possono essi ad altro essere obbligati.* In siffatta maniera denega a Ricca il diritto che l' art. 1291 LL.

CC. appresta ad ogni enfiteuta; diritto inserviente a far salve le garentie scritte negli articoli 1682, 1683.

Oblia anzi la Gran Corte, e meglio, conculca a piè franco, le disposizioni degli or citati articoli, nel primo dei quali è detto essere nell' arbitrio dei contraenti regolar le condizioni del contratto enfiteutico con qualunque patto, purchè non sia vietato dalla legge; e nel secondo è dichiarato che la legge provvede solo in mancanza di special convenzione, ed è allora che *saranno osservate le regole seguenti.*

Fra i patti non vietati dalla legge nel contratto enfiteutico evvi certamente quello che faccia commetter la mora in uno spazio di tempo più lungo di un triennio; evvi quello che permetta all' enfiteuta moroso la purgazion della mora; evvi quello che nel caso della mora sommetta l'enfiteuta ad una pena, anzichè darsi luogo alla devoluzione. Ed il Voet insegnò, che se nel contratto enfiteutico si fosse stipulata una pena pecuniaria od altra nel caso della mora; questa provvisione rimoverebbe la provvision della legge in quanto alla devoluzione: *Tacite insuper remissa*, sono le sue parole, *censeri debet caducitatis poena, si poena pecuniaria, aut alia in conventionem deducta sit tempore constitutae emphyteusios, in casum canonis suo tempore non soluti. Tollit enim provisio hominis provisionem legis, quoties provisio legis tantum*

facta est in subsidium, seu defectum provisionis hominis arg. l. ult: C. de pactis conventis. Vide Aug. **Barbosam** *axiomat. juris usufrequent. 195 verbo, provisio. Poenam autem caducitatis demum tunc locum habere, cum alia conventio interposita non est, apparet ex l. 2 C. de jur. emphyteut:, ubi cum in principio sancitum fuisset, pactiones in emphyteuticis instrumentis conscriptas, etiam in casum solitarum pensionum non praestitarum, debere servari, subjungitur; » sin autem nihil super hoc capitulo fuerit » pactum, sed per totum triennium neque pecunias solve- » rit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti » ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.* *

Or se nel primordial titolo di enfiteusi fosse stato nella specie convenuto uno degli additati patti, donde poterlo rilevare se non dal titolo stesso? Come dunque la Gran Corte si spinse a dire che il titolo primordiale era a Ricca *straniero*, e non avea diritto perciò a chiederne la esibizione? Se è vero che Ricca non poteva avere un titolo diverso da quello del cedente De Luca, se costui avesse stipulato il patto che nel caso di mora non si desse luogo alla devoluzione o ne fosse permessa la purgazione; come potrebbe avvenire che quella devoluzione, la quale non dovea aver luogo contro De Luca, avrebbe luogo contro Ricca, che, a dir della Gran Corte, come avente causa del De Luca rappresentar non puote un dritto diverso?

* Ad tit: Dig: *Si ager vectigalis* etc: n. 44.

E se Ricca esercitar poteva quei dritti medesimi che al cedente De Luca si appartenevano , come poteva essergli divietato di chiedere la esibizione del titolo primordiale, che per l'art. 1291 al cedente era dato di chiedere?

Ma la Gran Corte eleva l'istrumento del 5 ottobre 1826 e la partita di banco del 16 decembre detto anno a titolo costitutivo della enfiteusi, e dice bastar questo titolo agli attori per l'azione in devoluzione , stantechè in quell'istrumento Ricca non altro acquistò che l'utile dominio, con la dichiarazione espressa che il diritto si apparteneva a D. Francesco Santangelo; e colla partita di banco dei 16 dicembre *dando esecuzione al detto contratto riconobbe nella persona di S. Angelo il padron diretto pagandogli tre annate di canone , e dichiarando formalmente di restargli a pagare gli altri canoni successivi come novello enfiteuta.*

Quì la Gran Corte confonde e mesce insieme cose disparatissime , non dando ascolto alcuno alle ripetute deduzioni del signor Ricca.

Niun dubbio che Ricca riconosciuto avea nel fu D. Francesco Santangelo il domino diretto , niun dubbio che a lui doveva il pagamento dell'annuo canone ; nè Ricca dimandava l'esibizione del titolo primordiale per impugnare la qualità di domino diretto in Santangelo, o l'obbligazione del pagamento da parte sua. Era a vedersi nonpertanto se pel caso della mora l'originario enfiteuta, da

cui Ricca avea causa, erasi sommesso ai provvedimenti della legge, o le parti avessero diversamente provveduto, poichè allora non facevasi luogo ai provvedimenti della legge. — Eccepiva il signor Ricca innanzi i primi giudici, e geminatamente in grado di appello: » io non denego già » il mio debito; ma poichè voi signori Santangelo, oltre » del pagamento de'canoni, chiedete la devoluzione del » fondo, esibite il contratto enfiteutico, onde sia fatto pa- » lese che quest' azione vi competa o per espressa stipu- » lazione, o per rimando ai provvedimenti della legge.

L' istrumento del 5 ottobre e la partita di banco del 16 decembre 1826, ritenuti pure come *atti di ricognizione* del dominio diretto, del signor Santangelo e dell'obbligazione del pagamento del canone per parte di Ricca, ai termini dell' art. 1291 LL. CC. non dispensavano dall'esibire il titolo primordiale, dacchè in essi non si trovava *specificamente riportato il tenore di quello;* non rilevavasi se pel caso della mora si fossero adottati i provvedimenti della legge, o in altri diversi le parti avessero convenuto; non rilevavasi se per la sola mora triennale, o per mora più lunga si desse luogo alla devoluzione; non rilevavasi se invece altra pena si fosse stipulata, sicchè o espressamente o tacitamente nel concorso di altra pena la devoluzione fosse rimessa; e tutto ciò rilevar potevasi soltanto dal titolo primordiale.

Inopportuna quindi è la considerazione ; *che se purè avesse il signor Ricca creduto di poter trarre alcun vantaggio dal primitivo contratto enfiteutico, non altri avrebbe potuto esibirlo che egli stesso a cui sarebbe interessato il farlo.* Dappoicchè quando la legge disponeva che la devoluzione per la mora triennale era da essa ordinata pel caso che i contraenti non avessero altrimenti provveduto; i signori Santangelo per esercitare l' azione di devoluzione avevano a dimostrare, che nel contratto enfiteutico non erasi altrimenti provveduto, o in quella guisa erasi espressamente convenuto : sicchè il contratto di enfiteusi essendo l' unico titolo della loro azione, a metterla in isperimento non potevano dispensarsi dall' esibirlo. L' istrumento de' 5 ottobre e la partita di banco de' 16 dicembre 1826 eran titoli bastevoli all' azione pel pagamento dei canoni, non per quella della devoluzione del fondo enfiteutico.

Giova rilevare la verità dei nostri detti con un'esempio analogo. Se Ricca avesse venduto il dominio utile senza giuridicamente interpellarne i signori Santangelo , avrebbero potuto costoro in virtù del solo istrumento del 5 ottobre e della partita di banco del 16 decembre 1826 reclamar la nullità della vendita o la devoluzione, ove in esso espressamente non si leggesse il patto della interpellazione? Niuno certamente oserà dir di sì, ove rammenti che le provvisioni della legge per l' enfiteusi vanno os-

servate in mancanza di special convenzione ; che i contraenti regolar possono le condizioni del contratto con qualunque patto loro piaccia, purchè non sia vietato dalla legge ; che non possa dirsi vietato dalla legge il patto che concede all' enfiteuta il diritto di vendere il domicio utile senza interpellazione al padron diretto ; che mosso dubbio appunto su questo proposito se cioè l'enfiteuta potesse vendere il dominio utile senza il consenso del domino diretto o dovesse attenderlo, Giustiniano colla L. III C. *de jure emphyteut*: dispose che se le parti avevano su di ciò provveduto, doveva osservarsi la stipulazione fatta; * che l' istrumento del 5 ottobre e la partita di banco del 26 dicembre 1826 (nell' ipotesi che serbasse silenzio su di ciò) sarebbero atti unicamente ricognitori del dominio diretto , ma ai termini dell' art. 1291 dispensar non potrerebbero dallo esibire il titolo primordiale , non trovandosi in essi specificato il tenore del medesimo, nè rilevandosi se vi fosse luogo alla devoluzione per essersi venduto il dominio utile *irrequisito domino*.

* Ecco le parole della legge: *Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes si quae graeco vocabulo* εμπονηματα *dicuntur, alienare vel jus emphyteuticum in alium transferre, an ejus exspectare consensum?* SANCIMUS, SI QUIDEM EMPHYTEUTICUM INSTRUMENTUM SUPER HOC CASU ALIQUAS PACTIONES HABEAT, EAS OBSERVARI.

Falso dunque che incumbeva al signor Ricca esibire il titolo primordiale se credeva trarne alcun vantaggio: incumbeva agli attori che in esso cercar dovevano il fondamento della loro azione: in difetto il convenuto doveva essere liberato dalla dimanda di devoluzione; o non doveasi fare ammeno d' imporre agli attori l' esibizione di quel titolo pria di provvedere sulla dimanda per devoluzione.

Violazion dell' art. 1689, 1136 e 1137 LL. CC.

I. Evidentemente nella specie l' enfiteusi traeva sua origine da antico contratto; antica la origine appalesava la consentita ritenuta del quinto sui canoni pagati da Ricca colla partita di Banco del 16 dicembre 1826, in osservanza del contratto di cessione de' 5 detto anno.

Se dai signori Santangelo si fosse negata l' antichità del titolo costitutivo dell' enfiteusi, maggiore sarebbe surto il bisogno di esibirsi questo titolo, affin di rilevare con quali norme avea a giudicarsi, se con quelle delle antiche leggi, o con quelle delle nuove.

I signori Santangelo non negavano che antico fosse il titolo costitutivo dell' enfiteusi; ma asserivano bastare alla loro azione l' istrumento del 5 ottobre 1826.

E la Gran Corte facendo eco a queste voci con ma-

nifesta violazione degli articoli 1682, 1683, 1291 LL. CC.; invocò a norma di giudicare per un contratto, di cui le paeti convenivano antica essere la origine, l'articolo 1689 LL. CC. Vedremo quale strano governo fece la Gran Corte del principio della *non retroattività* delle leggi.

Vogliamo però innanzi tratto dimostrare, e ci sarà agevole, che se nella specie si fusse trattato di una enfiteusi costituita sotto l'impero delle vigenti leggi, fallace pur sarebbe l'assunto della Gran Corte che, avvanzata la dimanda di devoluzione, nulla rimane all'arbitrio del giudice attesi i termini imperativi dell'art. 1689.

Ed in vero, che altro mai dispone questo articolo, se non che nel caso della mora *si può domandare che si sciolga l'enfiteusi, e si dà luogo alla devoluzione del fondo a beneficio del padron diretto?*

E questa disposizione è forse più imperativa di quella dell'art. 1137 LL. CC. 1184 C. civile, in cui è scritto, *che la condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione?*

E forse ferace di più ampii effetti legali di quelli che nell'art. 1136 LL. CC. 1183 C. C. sono alla *condizion risolutiva* attribuiti; val dire che *verificandosi, produce la risoluzione della obbligazione, e rimette le cose*

nel medesimo stato come se l' obbligazione non si fosse contratta?

E donde ciò si arguirebbe? Forse dal non vedersi aggiunta all' art. 1689 la clausola *di non essere sciolto il contratto* ipso jure, *di potersi accordare al convenuto una dilazione secondo le circostanze*; che leggesi in fine dell' art. 1137?

Fa mestieri tenere a mente, che la legge nei titoli relativi a ciascun contratto in particolare pone le regole specifiche che il riguardano; e per tutto ciò che non è specificamente statuito, ciascun contratto rientra sotto l' impero delle regole generali comuni a tutte le obbligazioni convenzionali. Fu questa proposizione affermata da Bigaut-Préameneu: *Si son comprese* (ei disse) *sotto i titoli relativi ad alcuni contratti le regole che loro sono speciali. Si è cercato rinchiudere in breve tela, schivando l' oscurità e la confusione, le regole che son comuni ai contratti ed alle obbligazioni convenzionali in generale. Son queste le basi dell' intero edifizio.*

Or la disposizion dell'art. 1137 LL. CC. non è già limitata a tale o tal altro contratto, ma a tutt' i contratti sinallagmatici garentisce il suo soccorso. Per tutti si dà luogo alla risoluzione nel caso d' inadempimento, e per tutti si ammette la purgazion della mora quando si concede una dilazione secondo le circostanze. Ed in-

vero nell' analitica rivista dei contratti, qual' è quello in cui la risoluzione avviene sotto norme diverse?

Facendoci più dappresso al contratto in esame, è forse scritto nell'art. 1689 che, nel caso della mora nel contratto enfiteutico, *non può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze?* — In esso per contrario è detto che si *può domandare che si sciolga l'enfiteusi;* ed a prescindere dal valor legale di questa clausola, e dal suo tenore, che agguaglia gli effetti della mora nel contratto di enfiteusi a quelli della mora in qualsiasi altro contratto; per la sola assenza di quella clausola dirassi che la disposizione dell' art. 1689 è per l' enfiteusi derogatoria dell' art. 1137; e non è vero per l' opposito che per l' assenza di una contraria clausola l'art. 1689 rannodasi all' art. 1137, e sotto la disposizion del medesimo come in sua propria sede va a collocarsi?

Ma aggiungasi pure per patto la pretesa clausola differenziale tra l' enfiteusi e gli altri contratti in generale, sconosciuta dalla legge: presuppongasi che in un contratto enfiteutico stipulato a nostri dì si fosse espressamente convenuto, che nel caso della mora triennale non potesse essere accordata all' enfiteuta moroso una dilazione; questa convenzione, privativa della facoltà conceduta ai giudici dal legislatore nell' art. 1137, avrebbe a serbarsi? — Potrebbe, in altri termini, esser serbata quella con-

venzione, la quale nel contratto enfiteutico menomasse del beneficio di ottener dilazione la condizion risolutiva specifica introdotta dalla legge, per applicazione di quella generica ordinata per tutti i contratti sinallagmatici, senza deroga di sorta alcuna, e quindi con tacito rinvio alla medesima?

Se le nuove leggi, innovando in ciò il sistema del dritto Romano, e della Giurisprudenza Francese, hanno, siccome è verissimo, dato maggior forza al patto commissorio, anzi lo hanno esteso a tutti i contratti sinallagmatici; è agevole il comprendere, che non altrimenti puossi quello stipulare di quel che le leggi stesse hanno statuito, senza trasmodarne i confini.

Ed invano per appoggio dell' opposta sentenza si avrebbe ricorso all'articolo 1502. LL. CC. il quale per la compravendita ammette la risoluzion del contratto *ipso jure*. Dapoichè appunto dal vedersi espressamente ciò statuito per la compra-vendita, uopo è dire che quivi tal patto deroga la regola generale, e ne propala più solennemente l'imperio per gli altri contratti nei quali una apposita disposizione non vi frappone limitazione. Infatti per qual ragione il legislatore avrebbe contemplato nella compra vendita i casi del patto commissorio convenuto, e quelli del patto non convenuto; per qual ragione avrebbe per l'un caso e per l' altro speciali provve-

dimenti ordinati, se questi fossero stati a tutt'i contratti comuni?

Invano si avrebbe ricorso alle prime parole dell'articolo 1137 per indurre, che siccome in esso favellasi della condizion risolutiva *sottintesa*, la clausola che nel caso d' inadempimento *il contratto non è sciolto ipso jure*, e l'altra, *che la risoluzione della convenzione deve dimandarsi giudizialmente*, *e può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze* sien relative alla sola condizion risolutiva *sottointesa*, non alla *espressa*. Dapoichè quelle prime parole dell' art. 1137 sono scritte nel favor della parte adempiente cui si dà la scelta o di costringere l' altra all' adempimento della convenzione, quando ciò sia possibile, o di dimandare lo scioglimento insieme coi danni ed interessi; non già per sancire una differenza fra la *risoluzion legale* e la *convenzionale*; ed evidentemente il dimostrano le successive parole che a quelle si riattaccano. Segue poi nell' articolo la regola generale generalissima intorno al modo da giugnersi alla rivoca dei contratti: La risoluzione della convenzione deve dimandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze. Or quel principio, che la risoluzione della convenzione deve dimandarsi giudizialmente, ripetuto nell' art. 1689 specificamente pel contratto enfiteutico, pel quale è detto che

nel caso della mora triennale *si può dimandare che si sciolga l' enfiteusi*, non definisce soltanto il mezzo da rivocare i contratti perfetti; ma più ancora esclude la convenzione di risolversi il contratto *ipso jure*, il che non è coerente all' indole dei contratti sinallagmatici.

Malamente ancora s'invocherebbe l'art. 1093 LL. CC. per trarne, che nelle *obbligazioni di dare* vada serbato il patto, *che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun atto*. Ed invero vuolsi osservare altro essere il patto inteso alla *esecuzione* della convenzione, ed altro quello inteso alla *rivocazion* della medesima: il primo dalla legge è permesso, non così il secondo. Il Molineo ed il Pothier reputavano inutile tal patto sul fondamento, che colui il quale venuto il giorno del pagamento non dimandava ciò che eragli dovuto, addimostrava di non voler la istantanea esecuzion del contratto. Questa ragione, non applaudita dagli autori delle nuove leggi per quanto rifletteva la *esecuzion* del contratto, di cui nell' art. 1093 LL. CC. 1139 Codice civile, il fu molto, per quanto riguardava la *risoluzione* contemplata nello stesso opposto art. 1656 Codice civile 1502 LL. CC. Bastaao in compruova le parole del rapporto di Portalis: *Talvolta si conviene, che la vendita sarà risoluta di pieno dritto se l' acquirente non paga il prezzo nel tempo determinato. Si dimanda se in tal circo-*

stanza può egli dopo il tempo, utilmente soddisfare alle sue obbligazioni? L'affermativa è incontrastabile finchè l'acquirente non è stato messo in mora con una interpellazione. Dirassi che era abbastanza avvertito dal contratto? Ma il rigor del contratto poteva essere moderato dalla volontà dell'uomo: il silenzio del venditore fa presumere la sua indulgenza. Una interpellazion positiva può solo impedire il silenzio del venditore. Ed ecco come tra lor discordano il patto correlativo alla *esecuzione*, e l'altro correlativo alla *rivoca* della convenzione: quella presunzione che non è bastevole a mitigare un patto severo finchè si attiene alla *esecuzion* del contratto, è messa per base a raffrenare un simile patto, allorchè si estende alla *risoluzione.*

Ed eccoci ad affrontare le disposizioni di legge intorno alla compra-vendita, per la quale è espressamente permesso il patto della risoluzione *ipso jure.* Dalla disamina di esse spunterà più luminosa la conseguenza, che nel contratto enfiteutico, anche dopo la intimazione, devesi dal giudice concedere una dilazione allorchè sia dimandata; e che anche quando si fosse espressamente in esso stipulato il patto di non potersi nel caso della mora triennale accordar dilazione all'enfiteuta; dopo la intimazione se non può egli ottenere una dilazione, ben può pagare, e così sottrarsi alla devoluzione.

II. Per le leggi IV §. 4. *De lege commiss.* ed VIII

D. De rescind. vend. ed altre concordanti era nel Diritto Romano ammesso il patto commissorio nella compra-vendita a favor del venditore, in guisa che venuto il giorno designato pel pagamento del prezzo , il patto addiveniva operativo di tutt' i suoi effetti , ed era vietato al magistrato conceder dilazione.

Per le nuove leggi mentre la condizion risolutiva è sottintesa in tutt' i contratti sinallagmatici , ed è specificamente confermata per la comprayendita , non è detto già che in mancanza del pagamento del prezzo al tempo designato , sia la vendita risoluta *ipso jure* , siccome per diritto Romano ; è detto invece , che , se il compratore non paga il prezzo , il venditore può domandare che la vendita sia disciolta (1500 LL. CC. 1654 C.C.). Sicchè la risoluzion del contratto non dipende già dall'arrivo del giorno designato al pagamento , ma dalla sentenza del giudice cui deve chiedersi la risoluzione. Or se pria che la risoluzione venga pronunziata il compratore adempia al pagamento , vi sarebbe luogo a dichiarar la risoluzione per l' inadempimento già svanito ? Certo che no.

Questo assunto rendesi più indubitato dal ravvicinamento del seguente articolo 1501 LL. , 1655 C. C. in cui è scritto : » Lo scioglimento della vendita de- » gl' immobili dee pronunziarsi all' istante se il vendito-

» re si trova in pericolo di perdere la cosa ed il prez-
» zo. — Segue dappresso la eccezione — » Se non vi è
» tal pericolo, il giudice può accordare al compratore
» una dilazione più o meno lunga secondo le circostan-
» ze « — Vien da ultimo la disposizione — » Trascor-
» sa la dilazione senza che il compratore abbia pagato,
» si pronunzierà lo scioglimento della vendita «. È questo il solo tempo nel quale senza il pericolo della perdita della cosa e del prezzo può il giudice rifiutare qualunque siasi altra dilazione.

Ora ravvicinando insieme le disposizioni similitudinarie del contratto di compravendita, e di quello d' enfiteusi, come mai osò la Gran Corte asserire che i termini dell' art. 1689 erano imperativi a pronunziare la devoluzione senza potersi dar luogo alla purgazion della mora coll' offerta del pagamento, purgazione seguita pria che il Tribunale pronunziò?

Se egli è vero, che nel caso della mora triennale deve *dimandarsi lo scioglimento dell' enfiteusi*, e però per darsi luogo alla devoluzione deve intercedere un giudizio; o dovrassi dire che sia divietato al convenuto di proporre tutte le eccezioni che gli competono, o che gli sia lecito purgar la mora offrendo il pagamento, e così estinguer la lite con una eccezione perentoria. In ciò appunto la differenza tra la risoluzion del contratto *ipso jure*, e quel-

la in conseguenza di atti contenziosi : nel primo caso il giudice non dichiara la risoluzione, ma la mette in atto; nel secondo deve dichiararla ; e finchè non la dichiari , la risoluzione non è avvenuta , e può il convenuto impedirne l' avveramento.

Non neghiamo, che ciò ha luogo quando non concorre l' espresso patto che in mancanza di pagamento del prezzo la vendita sia risoluta *ipso jure* ; ma anche nel concorso di questo patto non si commette la risoluzione pel solo arrivo del giorno designato nel contratto. Trascorso il giorno il compratore adempiendo al pagamento può schivare la forza del patto : questo suo dritto perdura finchè il venditore non si determini a notificargli una istanza , e per la notifica di questa istanza nemmen gli è interchiusa la facoltà di adempire ; può pagare anche dopo l' istanza a lui notificata, valdire prima che siasi contro di lui giudicato. Preciso è il testo dell' art. 1502 LL. CC. 1656 C. C.:

» Quando nella vendita di un immobile siasi stipu-
» lato che non pagandosi il prezzo nel termine convenu-
» to , la vendita sia disciolta *ipso jure ;* il compratore
» ciò non ostante può pagar dopo ch' è spirato il ter-
» mine , finchè non sia stato costituito in mora con una
» intimazione : ma dopo questa , il giudice non può ac-
» cordargli alcuna dilazione.

Non è detto in questo articolo, che dopo l'intimazione abbia luogo la risoluzione, ma che dopo l'intimazione non può ottenersi dilazione, e quindi è vietato al giudice il concederla; ma si può adempire, non essendo vietato, si può pagare non essendo proibito, e toglier così vigore al patto, e sottrarsi alla devoluzione. Questa idea scolpita nella legge si ravvisa chiaramente nei discorsi degli oratori del Governo: *Quando l' intimazione è stata fatta*, (dice PORTALIS) *SE IL COMPRATORE NON PAGA*, *il giudice non può più concedergli dilazione* : dunque deve pronunziarsi la risoluzione se il compratore dopo l'intimazione non paga, e per conseguenza è ammesso a pagare: è insomma la mancanza del pagamento dopo l'intimazione, e non la intimazione, la condizione della risoluzione. Ed il GRENIER soggiugne: MA SE EGLI NON RISPONDE A QUESTA INTIMAZIONE COL PAGAMENTO, *il giudice non può accordare alcuna dilazione*, *e la risoluzion della vendita è operata per virtù della convenzione.* (Cap. V.)

Presupposto adunque, che nel contratto enfiteutico si fosse stipolato un patto identico a quello permesso dall' art. 1502 per la compra vendita, val dire che nel caso della mora triennale *ipso jure* diasi luogo allo scioglimento della enfiteusi ed alla devoluzione; non avrebbe potuto dirsi perciò divietato all' enfiteuta dopo la in-

timazione, purgando la mora coll' offerta del pagamento, sottrarsi allo scioglimento del contratto ed alla conseguente devoluzione; quando nell' identica circostanza non è divietato ciò fare al compratore moroso; e d' altronde l' offerta del pagamento purga la mora estinguendola, e riducendola a non commessa.

Flagrante è quindi la violazion degli articoli 1689, 1136, e 1137 LL. CC. commessa dalla Gran Corte attribuendo ai termini del primo una virtù derogatoria dei secondi, falsandone lo *spirito*, e trasgredendone la *lettera*.

Violazione dell' art. 1089 LL. CC., 1135. C. C.

L' EQUITA' è la più bella appendice del dritto, essa è il compimento delle leggi: il giudicare de *bono et aequo*, non è già mettere in noncale le leggi, ma osservarle con iscrupolosità: il fermarsi di soverchio sulle *parole* senza investigar lo *spirito* della legge sia nelle parole stesse, sia nel raffronto con le disposizioni per casi analoghi, o per casi contrarî, val calunniare la legge, e non renderle omaggio: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim et potestatem.* *

L' EQUITA', assai acconciamente avverte il DONELLO,

* L. XVII. D. De legibus.

è la emendatrice del dritto scritto, e quasi l' interpetre delle sue parole, custode dello spirito di essa; dal che conseguita, che la legge deve applicarsi colle regole della equità: AEQUITAS EST JURIS SCRIPTI EMENDATIO, ET QUASI INTERPRETATIO LEGIS SENTENTIAM RETINENS. AEQUITAS IN JURE SPECTANDA EST; JUS BENIGNE INTERPRETANDUM, AEQUITATIS RATIO POTIOR QUAM STRICTI JURIS: NEMPE HACTENUS, UT DIXI, UT MANENTE JURE, DE QUO AGITUR, DE EO EX AEQUITATIS REGULA STATUATUR. De jur. civ. Lib. I. cap. XIII. n. 13.

Belle assai sono sul proposito le osservazioni del Principe della Romana eloquenza: *Cum voluntas, consilium, et sententia legis intelligitur, stultum est verba amplecti, hanc negligere*; e quindi appresso: *ex aequo et bono, non ex callido, versatoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, bonique judicis voluntatem scriptoris, auctoritatemque defendere; non ex verbis pendere jus, sed verba servire hominum consiliis, et auctoritatibus* *. In questo medesimo senso insegnò altrove: — *Omnes leges ad comodum reipublicae referri oportet, et eas ex utilitate communi, non ex scriptione, quae in literis est, interpetrari. Ea enim virtute, et sapientia majores nostri fuerunt, ut in legibus scribendis nihil sibi*

* Orat: *pro Caccina.*

aliud, nisi salutem, atque utilitatem reipublicae proponunt, neque enim ipsi quod obesset scribere volebant, et si scripsissent, cum esset intellectum, repudiatum iri legem intelligebant. Nemo enim leges legum causa salvas esse vult, sed reipublicae, quod ex legibus omnibus rempublicam optime putant administrari. Quam ob rem igitur leges servari oportet, ad eam causam scripta omnia interpetrari convenit, hoc est, quoniam reipublicae servimus, sic ex reipublicae comodo, atque utilitate leges interpetremur. Nam ut ex medicina nihil oportet putare proficisci, nisi quod ad corporis utilitatem spectet, quoniam ejus causa est instituta, sic a legibus nihil convenit arbitrari, nisi quod reipublicae conducat proficisci, quoniam ejus causa sunt comparatae. Ergo in hoc quoque judicio definite literas legis perscrutari, et legem ut aequum est ex utilitate reipublicae considerare *.

A dimostrar poi che l' equità sia lo spirito informatore delle nuove leggi, ed il modulo della interpetrazione, basta riportarcene all' autorità di Bigaut Preameneu, il quale ne scrisse: *Sarebbero malamente interpetrate le disposizioni delle leggi civili relative ai contratti, se si risguardassero altrimenti che come regole elementari di equità, di cui tutte le ramificazioni si trovano nelle leggi ro-*

* De invent. lib. I. n. 38.

mane. E parlando delle diverse specie di colpe distinte nel dritto Romano: *questa divisione delle colpe è più ingegnosa che utile nella prattica: vuolsi sempre in ciascuna colpa verificare se l' obbligazione del debitore sia più o meno rigorosa, quale è l' interesse delle parti, come hanno inteso obbligarsi, quali sono le circostanze: quando la coscienza del giudice è stata così rischiarata, egli non ha bisogno di regole generali per pronunciare secondo l' equità . . . . . l' equità stessa ripugna alle idee sottili*. Ed altrove: *Queste regole come tutte quelle che concernono le convenzioni, sono attinte nella natura stessa delle cose, cioè a dire nell' equità*.

Ma qual bisogno di autorità, ove la legge stessa ha parlato?

» Le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi » si è espresso. Ma benanche a tutte le conseguenze, » che L' EQUITA', l'uso o la legge attribuiscono all'ob- » bligazione secondo la sua natura (Art. 1089 LL. CC. 1135 C. Civ.)

E di questa regola generale, svariatamente applicata negli articoli 565, 484, 618, 645, 1231, 1244, 1374 n. 1, 1353, 1769 n. 3, 1854, 1871, 1889, 1966, 2164, 1184, Cod. Civ., e ne' corrispondenti articoli delle LL. CC.; si trova specifica applicazione ai casi di mora negli articoli 1042 num. 1, 1136,

1138 , 1139 , 1146 , 1147 , 1148 , 1230 Cod. Civ.; e ne' corrispondenti articoli delle LL. CC.

Ma la Gran Corte trasandando lo *spirito* delle leggi, ed aggiugnendo alla *lettera* dello stesse, colla violazione degli articoli 1689 , 1136 , e 1137 LL. CC. già segnalata, ha violato insieme la regola scritta nell' articolo 1089.

Violazione del dritto patrio preesistente, confortato dall' uso costante di giudicare.

La Gran Corte conscia pur troppo, che il titolo costitutivo della enfiteusi erasi stipulato sotto l' impero delle antiche leggi, e quindi tornavano inapplicabili le nuove norme di giudicare racchiuse nell' art. 1689 LL. CC., comunque s' interpretasse; trascorre in nuovi errori con massima alacrità, tentando indurre una diversità *di conseguenze per rito antico tra l' inadempimento in causa d' enfiteusi, e quello in causa di altra specie di contratti.* Brevemente dimostreremo il falso ancora di questa proposizione.

Una Decretale di Gregorio IX fra le altre favorì maggiormente l'accolto sistema della purgazion della mora nella enfiteusi: *Emphyteuta quoque secus praesumendo, vel cessando in solutione canonis per biennium, nisi* CELE-

RI SATISFACTIONE POSTMODUM SIBI CONSULERE STUDUISSET, JUSTE POTUISSET EXPELLI. *Canonica* fu detta *l'equità*, sulla quale cotesto beneficio della purgazion della mora all' enfiteuta concedevasi; *equità* che percorse tutto il mondo incivilito per dare al dritto una interpetrazione benigna. Di che ne fa attestato il Mesterzio nel suo pregiatissimo breve lavoro sulla *enfiteusi.*

Moribus tamen nostris emphyteuta ante sententiam judicis canonem praeteriti temporis offerens, a poena caducitatis liberari auxilio restitutionis in integrum potest; uti Supremam Curiam judicasse refert Coren obs. 22 Grotius Introd. lib. 2. part. 40 num. 28. Quod et alibi receptum est per cap. ult. Ext. de locat. Clarus. §. Emphyteusis quaest. 8. infine *.

Appo noi è risaputo, che i dubbî insurti sull' applicazione della *L. VIII. D. si quis cautionem*; se cioè avesse ad ammettersi la purgazion della mora sol quando nel cominciamento della lite l'obbligato si presentasse, oppure quando ancora non comparso fosse contestata la lite; e se fosse valida la rinuncia a questo beneficio di equità; diedero origine ad un celebratissimo capitolo di Carlo Duca di Calabria, il quale ammise la purgazion della mora anche dopo la tardiva comparsa, e

* Tract: jur: — De Emphyt: pag. 589.

fu dichiarata inefficace la rinuncia a cotal beneficio *.

2. Un rito della Gran Corte della Vicaria dava luogo alla liquidazione degl' istrumenti per l' inadempimento nel giorno della promessa, ed il debitore contumace era condannato alla somma del suo dare, ed anche ad una pena se spergiuro: nulladimeno ove il debitore comparisse nel termine perentorio prefissogli, ed offrisse il pagamento, la G. C. della Vicaria usava, e la Regina GIOVANNA sancì cotal uso, di ammetter la sua offerta, onde schivasse le pene contro di lui pronunziate **.

* *Legem veterem digestorum*, ET SI POST TRES AUT QUINQUE DIES *de judicialis morae purgatione loquentem ante contestationem litis, secundum sensum plurium intellectam, post litem, etiam sic debere intelligi declaramus*, CUM EADEM AEQUITATIS RATIO CONCLUSIONES VARIAS UNA TERMINATIONE RECIPIAT, ET DIVERSAS ACTIONIS SPECIES PER DISSIMILITUDINEM NON EXCLUDAT: *his illud adjicimus; ut Provinciarum Praesides, omnesque juridici, partes judicio comparentes ad renunciandum beneficio legis ejusdem, nec volentes recipiant, et voluntarios non compellant. Quod si contra factum fuerit, nullam efficaciam assequatur.*

** *Item quod si aliquis vel si aliqua citatus vel citata fuerit de mandato dictarum Curiarum, seu alterius earum ad respondendum super tenore instrumenti alicujus debiti, in quo contineatur poena pecuniaria, et juramentum, si de perjurio, vel de poena accusetur, aut aliter quomodolibet conveniatur, citatus, vel citata compareat in Curia in peremptorio termino sibi praefixo cum saeculo paratus, vel parata satisfacere de debito creditori,*

3. Nella Prammatica I *de censibus* era ordinata una pena a pro del Fisco ove il debitore non adempisse alle annualità. Ma , o che l' inadempimento fosse dell' originario debitore o de' suoi successori , faceva uopo di un giudizio *rescissorio* , ossia di un giudizio *ordinario* , nel quale un *termine probatorio* doveva sempre accordarsi. Re Carlo III. volle , che ove l' inadempimento fosse da parte dell' originario debitore , si potesse la rescissione del contratto esecutivaamente ordinare , ma dando anticipatamente una dilazione all' indugiatore , perchè potesse adempire.

4. Il tenore di queste tre leggi patrie apertamente disvela , che la purgazion della mora ammessa pe' casi nella medesima raffigurati moveva dal principio dell' equità; principio che signoreggiava la nostra legislazione; principio la di cui influenza in quanto alla purgazion della mora non si arrestava già a quei casi , ma estendevasi a tutti gli altri , in qualsiasi specie di contratto , siccome nella prima di quelle leggi è formalmente detto : *Cum eadem aequitatis ratio conclusiones varias una terminatione recipiat , et diversas actionis species per dissimili-*

ad quod teneatur , etiamsi lapsus fuerit terminus , in quo solvere tenebatur hujusmodi debitum in dictis Curiis , et qualibet ipsarum ex quadam aequitate nullatenus procedatur contra dictum debitorum , aut debitricem super poenis praedictis. (Rito CLXXIII.)

TUDINEM NON EXCLUDAT. Depongono ancora solennemente quelle leggi, che la purgazion della mora appo noi riposava su di una equità tutta *civile*, a prescindere dalla *canonica*.

La nostra giureprudenza poi dapprima vacillante, si strinse da ultimo in indissolubile alleanza coi nostri usi, e rifermò che pure in causa di enfiteusi, ad onta di qualsivoglia patto di rinunzia alla purgazion della mora, dovesse ammettersi l' enfiteuta a cotal beneficio. E nella prattica il S. R. C. non pronunziava devoluzioni, se prima non avesse più volte posto in mora l'enfiteuta, ed anche dopo di ciò nella diffinitiva sentenza soleva aggiugnere che se fra altro tempo quegli adempisse al pagamento, il giudicato rimaner doveva inoperoso nella sua esecuzione. *

Notevole è il caso di cui favella Paolo Staibano il giovine, nel quale fu dal S. R. C. ammesso alla purgazione della mora il debitore anche dopo la sentenza, dopo l' esecuzione, e quando altro non rimaneva che la vendita dei beni. **

Ed intralasciando ogni altra autorità sull'uso di giudicare del S. R. C., prescegliamo quella del Reggente Ca-

* V. De Franchis Decis. CCCCLXXXII n. 18.

** Resolut: foren: decis: resol. LXXVIII. — Vedete ancora Altimare in addit: ad decis: LIII Scip. Rov.

PECELATRO, il quale mentre attesta che la purgazion della mora concedevasi all' enfiteuta anche dopo contestata la lite, e dopo la sentenza, soggiugne che questo beneficio non denegavasi al debitore, nemmeno nel caso del patto commissorio nei veri suoi termini di compravendita, ed al proposito richiama il principio regolatore di quella giureprudenza, che insegna doversi rispettare: *Et non solum*, ecco le sue parole, *HAEC OBSERVANTUR IN DEVOLUTIONE EMPHYTEUSIS, verum in rescissione contractus annuorum introituum ad normam bullarum summorum Pontificum Martini, et Nicolai de quibus in pragmatica 1 de censibus: nam quamvis adsint pacta, quod ob non solutionem duarum tertiarum contractus possit rescindi SUB QUIBUSVIS CLAUSULIS, QUOD NON POSSIT MORA PURGARI; TAMEN antequam deveniatur ad rescissionem, fiunt ad minus bina praecepta, qnod conventus intra certum tempus solvat tertias decursas, alias providebitur super petita rescissione, in quibus terminis si non solverit, et moram purgaverit, fertur sententia rescissionis, condemnando reum ad restitutionem sortis principalis, una cum censibus, sive tertiis decursis, et nihilominus apponitur clausula, quod si infra aliquod tempus, quod potest apponi ad arbitrium Sacri Consilii, velit purgare moram, et solverit tertias decursas SUPERSEDEATUR IN IPSIUS SENTENTIAE RESCISSIONIS EXECUTIONE. ET QUIDEM LAUDANDA EST HAEC SACRI CONSILII*

OBSERVANTIA, NAM QUANDO JUS PARTIS NON LAEDITUR, BENIGNA EST FACIENDA INTERPRETATIO PRO MORAE PURGATIONE: ET STYLUS CURIAE EST PRO LEGE SERVANDUS. FRANCHIS *decis: 238 ubi quod per binas judicaturas inducitur consuetudo judicandi; et* QUOD ISTA OBSERVANTIA, ET CONSUETUDO JUDICANDI IN QUOLIBET TRIBUNALI SIT ATTENDENDA, ET POSSE LEGARI AD DECISIONES CAUSARUM *Cavensis ec.* *

Ma a che andremmo ritracciando altri esempî di giudicature del S. R. C., quando i principî di cui invochiamo l' impero, sono stati dalla stessa G. C. civile, in tempi recentissimi proclamati ed osservati con molte sue decisioni? Nel folto stuolo di esse potremmo rammentare quella nella causa tra il Capitolo di *Ariani*, e *Ciani*, l' altra nella causa tra *Ricciardi* e *Sica*, l' altra nella causa tra *Mennone* ed *Arcella*, e l' altra nella causa tra *Gallo* e *Galluccio*.

Innanzi a tutte poi sta quella pronunziata dalla detta terza camera della Gran Corte a 19 giugno nella causa tra *D. Vincenzo Ventura*, ed il capitolo della *Cattedrale di Nola;* decisione applaudita da arresto della Corte Suprema del dì 20 febbrajo 1840. — Erasi stipulato il patto risolutivo in caso di mora dell' enfiteuta per due

* Decis. XXX.

annate colla rinunzia alla purgazion di essa in questi termini. » *Ipso jure , ipsoque facto incidant in commissum* :
» al Capitolo sarà lecito *propria auctoritate* riprendere
» le botteghe , ed anche NON OSTANTE IL BENEFICIO DI
» PURGAR LA MORA , ed' ogni altra legge anche di e-
» quità canonica ad essi fratelli Ruggiero (da quali ave-
» va causa Ventura) competente, ALLE QUALI HANNO ESPRES-
» SAMENTE RINUNZIATO E PROMESSO DI NON SERVIRSENE. « —
Una sentenza del Tribunal civile aveva pronunziata la devoluzione condannando l' enfiteuta al rilascio del fondo. Il capitolo della Cattedrale di Nola era andato al possesso del medesimo. L'enfiteuta appellò dalla sentenza, e trascurò la discussion dell' appello per cinque anni e più: riprese poscia il giudizio, ed offrendo i canoni arretrati reclamò il benefizio della purgazion della mora. E la terza camera della G. C. civile colla cennata decisione rivocò la sentenza , dichiarò valida l' offerta , ed ordinò che l' enfiteuta fosse reintegrato nel possesso per le seguenti considerazioni:

» Atteso che la dimanda del reverendissimo Capitolo
» di Nola per la devoluzione delle botteghe di cui si
» tratta fu avvanzata contro D. Vincenzo Ventura pel
» solo attrasso di pagamento di canoni. *Trattandosi di*
» *un' antica enfiteusi racchiusa nell' istrumento dei 25 apr-*
» *le 1735 poteva bene accordarsi un termine al convenuto*
» *onde purgare la mora.*

» Atteso che in effetti il signor Ventura ha adem-
» pito alla purgazione della mora prima che la sentenza
» del Tribunale civile di Terra di Lavoro fosse passata
» in giudicato , offrendo al reverendissimo clero con atto
» de' 28 novembre 1838 , non solo le annate di canone
» maturate sino al dì 7 settembre 1833 , ma bensì le
» spese liquide ed un supplemento per le illiquide: quin-
» di della offerta in duc. 112. 20 stante il rifiuto del
» clero a riceverla ne è stato fatto il deposito nell'uffizio
» dei depositi giudiziarî.

E come potè la stessa terza camera nel presente piato asserir, che per rito antico a diverse conseguenze menava l'inadempimento in causa di enfiteusi, e quello in causa di altra specie di contratto? Con siffatta proteiforme maniera di giudicare non addiverrà forse un nome vano la giustizia tra quei che non la valle od il monte divide , ma comune hanno la fossa?

E pur vedete differenza fra quel caso ed il nostro. Ivi l' enfiteuta avea stipulato il patto commissorio in termini formali , rinunziando alla purgazion della mora ; quì *nec vola* , *nec vestigium* di cotal patto nell' istrumento del 5 ottobre 1826 , e molto meno in quello costitutivo dell'enfiteusi, di cui la Gran Corte negò l'esibizione. — Ivi l' enfiteuta moroso non faceva cenno di alcuna *circostanza* che rendesse scusabile l' indugio : quì l' enfiteuta

ne allegava una , non ismentita , anzi confessata dai domini diretti ; e che noi rechiamo con le stesse parole consegnate nel loro atto di difesa del 31 marzo 1842 , cioè che *da circa tre anni vi erano state delle trattative di convenzione.* — Ivi l' enfiteuta moroso non presentossi ad offrire il pagamento ed implorare il beneficio della purgazion della mora, che dopo sei anni circa da che il domino diretto aveva ripreso il fondo enfiteutico per virtù della pronunziata devoluzione : e quì l' enfiteuta non già dopo la pronunzia della sentenza, non già dopo l' esecuzione data alla medesima , non già dopo sei anni da che fu eseguita ; ma dopo otto giorni da che fu interpellato, *cum sacculo* offrì celere soddisfazione, e colla sua offerta ridusse ad inesistente la incusata mora, sicchè non eragli più uopo implorarne la purgazione.

Violazione dell' art. 2 , 1089 , e 1109 LL. CC.

Vidde la Gran Corte quanto mal si apponeva in quei ragionari , ed a schivarne la censura, si appigliò al partito di aggiugnere l' altra considerazione , che , *quando anche si trattasse di una enfiteusi e si fosse pur fatta in tempo utile una pura , completa e valida offerta di pagamento , sarebbero inapplicabili le antiche norme di giudicare ad un fatto avvenuto sotto le leggi attuali.*

In questo punto la Gran Corte, senza alcuna motivazione, ritiene per incompleta ed invalida l' offerta reale fatta dal signor Ricca, nel mentrechè i motivi di rifiuto allegati dai signori Santangelo erano stati del tutto rimossi, avendo il detto signor Ricca con apposito atto da lui sottoscritto corretto l' error materiale incorso nella gira relativamente alla scadenza dei canoni, e dichiarato che in quanto alla dicitura, la quale asserivasi pregiudizievole, il magistrato poteva fare tutte quelle spieghe che credeva opportune nell' ordinare di liberarsi ai signori Santangelo la polizza. Altronde per le altre annate di canone reclamate la G. C. faceva dritto alla eccezione della prescrizione quinquennale. Ed è notevole, che queste cose il signor Ricca ripeteva specificamente coi motivi del suo appello. Sicchè patente è la violazione dell' articolo 233 LL. di Proced., 219 L. Organ:

Più grave violazione commette la Gran Corte degli articoli 2, 1089 e 1109 LL. CC. allorchè assume, e nell' involucro delle seguenti parole esaurisce il suo assunto, *che sarebbero inapplicabili le antiche norme di giudicare ad un fatto avvenuto sotto le leggi attuali.*

Presupposto in una enfiteusi antica il patto anche della rinunzia alla purgazion della mora, oltre della risoluzione del contratto *ipso jure*; poichè vedemmo qual' era l' universale intendimento di simiglianti patti,

quali conseguenze gli usi vi addicevano, qual valore lor dava la costante giureprudenza; potrebbero mai applicarsi le nuove norme, ove dassero un intendimento ai patti oltre quello che il poteron valutare e chi promise e chi stipulò? Non sarebbe ciò sostituire un nuovo contratto all' antico nel mentre se ne annuncia la esecuzione?

È un principio indelebilmente scolpito nelle nuove leggi, che le CONVENZIONI OBBLIGANO NON SOLO A CIÒ CHE VI SI È ESPRESSO, MA BENANCHE A TUTTE LE CONSEGUENZE CHE L'EQUITA', L'USO O LA LEGGE ATTRIBUISCONO ALLE OBBLIGAZIONI SECONDO LA LORO NATURA. Ed altrove è statuito che NELLE CONVENZIONI SI DEVE INDAGARE QUAL SIA STATA LA INTENZIONE DELLE PARTI CONTRAENTI.

Or se gli effetti dei contratti soggiacer dovessero all' impero delle leggi sopravvenienti, in qual maniera quei principî avrebbero applicazione? La intenzione delle parti contraenti dal giorno della convenzione si posporrebbe a quello della promulgazione delle nuove leggi. E ciò da banda; in qual maniera le obbligazioni comprenderebbero le conseguenze che l' uso loro attribuisce?

Se vero fosse, che l' art. 1689 esclude la purgazion della mora, facendone applicazione ad una enfiteusi antica si porterebbe la intenzion dei contraenti a ciò che non ebbero menomamente in pensiero di contrattare, e si creerebbe con ciò un nuovo contratto sulle rovine di

quello esistente ; contratto il quale non potendo essere opera dei contraenti , perchè non vi accede il loro consenso , sarebbe opera della legge.

Si renderebbe in tal guisa retroattiva la legge , non sulla materia del contratto , sulla quale bene il potrebbe essere ; ma sulla intenzione dei contraenti che all' ombra di una costante giureprudenza pensarono che il patto della rescissione *ipso jure* e la rinuncia anche giurata alla purgazion della mora fossero di mero stile notarile , rimanendo sempre scusabile l' indugio anche dopo il giudicato ; nel qual pensiero convennero ed il debitore promettente , ed il creditore stipulante , escluso il prevedimento di una nuova legge che ai patti dasse un intendimento diverso di quel che l' equità e l' uso avevan dato fin allora.

In tutte queste sconcezze è caduta la Gran Corte , e tanta onta ha fatto alle leggi.

È a stupire poi come non abbia posto mente la medesima a ciò ; che pur le nuove norme applicate agli antichi contratti garentivano all' enfiteuta il beneficio della purgazion della mora , mentre nel citato art. 1089 leggesi sancito che LE CONVENZIONI OBBLIGANO A TUTTE LE CONSEGUENZE CHE L'EQUITA' o L'USO LORO ATTRIBUISCE , e tra queste va allogato certamente il beneficio della purgazion della mora.

Ma non fu la stessa terza camera della Gran Corte che nella surriferita causa tra il Capitolo di Nola e Ventura, sol perchè trattavasi di enfiteusi antica, ritenne essere in quel caso applicabili le antiche norme di giudicare, ed ammise l' enfiteuta moroso alla purgazion della mora, ad onta del patto di formale rinunzia?

E noi non sappiamo invocare ad emenda degli errori tutti della Gran Corte più pregevole autorità di un arresto di questa Corte Suprema di Giustizia del 20 febbrajo 1840, in cui ella fece plauso ai principii proclamati dalla medesima terza camera della G. C. civile nella or mentovata decisione della causa tra il Capitolo di Nola e Ventura; principî i quali nella presente causa ha poi sconosciuti non solo, ma del tutto ripudiati.

Ecco le magistrali osservazioni della Corte Suprema, foriere dell' alta riprovazione che piombar dovrà sulla impugnata decisione.

» Sulla quistion di sapere se colla impugnata deci-
» sione siasi violato alcun testo di legge nello esservi
» ammesso lo enfiteuta al beneficio della purgazion della
» mora, trattandosi di un' antica enfiteusi osserva ESSER
» MASSIME INDECLINABILI DI DRITTO; *in contractibus spe-*
» *ctatur* TEMPUS CONTRACTUS; CHE LA LEGGE NON ABBIA FOR-
» ZA RETROATTIVA; E CHE QUELLE DI ECCEZIONE NON SI
» ESTENDONO AL DI LA' DE' CASI IN ESSE ESPRESSE; che in

» conseguenza ciò che il legislatore ha stabilito pel de-
» bitore di una rendita costituita, se cessi di adempire
» a' suoi obblighi pel corso di due anni, non sia punto
» applicabile ad un contratto enfiteutico, stipulato sotto
» le vecchie leggi.

» Osserva esser risaputo, che all' epoca in cui fu
» stipulata la cessione enfiteutica, della quale è piato,
» era *in emphyteuta Ecclesiae definitum, eum moram pur-*
» *gare posse*; ciocchè aveva il suo fondamento nel capi-
» tolo *propter sterilitatem de locato et conducto.*

» In quanto poi a' contratti enfiteutici passati tra
» privati, era un tal punto infinitamente controverso,
» giacchè molti giureconsulti rammentati da Giasone alla
» legge 2.ª numero 73 Codice *de jure emphyteutico*, e
» da Covarruvia al libro 3.°, *variar: resolut:* Capo 17:
» numero 4.° *censuerunt non posse*; altri poi non pochi
» *posse affirmarunt*, come Angelo nella legge *Et si post*
» *tres D. si quis caution.* Baldo nella legge *si pacto quo*
» *poenam* Cod. *de pactis*; Francesco Sarmiento lib. 3
» *selectarum interpetrationum*, Capo 5.°, ed altri in fine
» secondo riferisce Giasone *loc: cit:* insegnavano *emphy-*
» *teutam purgare posse moram antequam dominus declaret*
» *privationi locum esse, post declarationem vero non posse.*

» Osserva, che allora (come presentemente per lo
» articolo 1089 leggi civili (le convenzioni obbligavano

» NON SOLO A CIÒ, CHE VI ERA ESPRESSO, MA BENANCO
» A TUTTE LE CONSEGUENZE CHE LA EQUITÀ, L'USO, E LA
» LEGGE ATTRIBUIVANO ALLA OBBLIGAZIONE SECONDO LA SUA
» NATURA. L. 2: §. ultimo *Dig. de obligat: et act:*,
» L. 31 §. 20 *dig. de aedilit edict:*

» Osserva ciò premesso, che nel dubbio, e nella
» colluttazione delle opinioni pro, e contra de' suddetti
» sommi giureconsulti, il Sacro Regio Consiglio ben po-
» teva seguir la sentenza più mite, attenendosi a' prin-
» cipii della equità, anzichè al rigore del dritto, e de-
» cider per le concessioni enfiteutiche anche passate tra
» privati in rapporto alla mora quel tanto, che nel
» dritto canonico era stabilito fermamente per le conces-
» sioni enfiteutiche passate dalle Chiese, e questo arbi-
» trio, che contro la natura de' patti esercitavasi ne'
» vecchi Tribunali, chiamavasi comunemente *equità ca-*
» *nonica*, perchè desunta dal suddetto capitolo *propter*
» *sterilitatem*. Solevasi anche nella enfiteusi, anche tra
» privati, e privati, ammetter lo enfiteuta alla pur-
» gazion della mora, malgrado ogni patto in contrario,
» un mese dopo dalla pronunziazion della sentenza di
» devoluzione.

» Osserva in fine, che nella specie, trattandosi di
» concessione enfiteutica fatta dalla Chiesa, ossia dal
» capitolo di Nola, in tempo, che anche tra privati

» per uso, e per equità ammettevasi la purgazion della
» mora, lungi dallo essersi colla impugnata decisione
» violato alcun testo di legge; SIASI SEGUITA LA PRECISA
» INTENZIONE DELLE PARTI ALL'EPOCA CHE CON QUESTA LEG-
» GE, CON QUELL'USO E CON QUELL'EQUITA' CONTRATTARO-
» NO, ED INTESERO DI CONTRATTARE. Che anzi disputavasi
» allora, *an juramentum impediat morae purgationem de*
» *jure canonico*; e fu deciso, che tranne il caso del-
» la legge *Si major Cod: de transact*: ; la cui partico-
» lar sanzione non fosse da protrarsi *ad omnem contra-*
» *ctum*, seguir si dovesse l'autorità della Rota Romana
» che in tal caso eziandio ammetteva la purgazione della
» mora, non solo perchè massima era l'autorità della
» Rota Romana, *verum etiam propter rationem ipsius ae-*
» *quitatis*, *quam juramenti vis et efficacia impedire non*
» *solet*, *cum dicatur habere tres comites*, *veritatem*, *ju-*
» *stitiam*, *et judicium*: cap. *et si Christus de jure-jurando*.

CONCHIUSIONE.

Una decisione nella quale la G. C. civile sconoscendo le primordiali regole del dritto, ripetutamente da lei proclamate in altre occasioni, pone l'uno errore a sgabello dell'altro, ed ora invocando il dritto antico,

ed ora il nuovo, mette a soqquadro la potestà di entrambi, donde una interminabile serie di flagranti violazioni di legge, in cui sprovvedutamente si avvolge; non sopravviverà certamente al severo squittino di questa Corte Suprema.

Il crediamo, e fermamente; dapoichè la nostra speranza si asside sulla LEGGE, e sulla AUTORITA' DI QUESTA CORTE SUPREMA.

Napoli 26 Settembre 1843.

ANTONIO STARACE.
VINCENZIO VILLARI.